

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	001/2022
Materia	Transferencia del riesgo operacional y duración de un contrato de servicios
Solicitante	Comarca de Jiloca
Fecha de solicitud	29/12/2021
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículos 14, 15, 29 y 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte de la Comarca de Jiloca acerca de dos cuestiones. Las cuestiones planteadas están vinculadas a un contrato que prevén licitar y que tiene por objeto la recogida de residuos domésticos de la Comarca del Jiloca y su transporte al vertedero. Como parte de las prestaciones del contrato, se exige al adjudicatario que renueve los contenedores de la comarca, correspondiéndole además la limpieza y reparación. Esta prestación acarrea un elevado coste económico, lo que le lleva a la Comarca a hacerse dos preguntas. La primera es si este elevado coste económico puede implicar una transferencia al adjudicatario del riesgo operacional, de tal forma que quede alterada la calificación del contrato de servicios a concesión de servicios. De no ser un contrato de concesión de servicios, como segunda pregunta, la Comarca plantea si cabría entender que se trata de un contrato de servicios en el que la amortización de las inversiones constituye un coste relevante en la prestación. De ser así, la Comarca quiere saber cuáles son los límites que cuenta la ampliación de la duración del contrato en esos supuestos.

RESPUESTA

Respecto a la primera de las cuestiones formuladas, debe diferenciarse entre el principio de riesgo y ventura, al que están sometidos todos los contratos, y la transferencia del riesgo operacional, que solo concurre en los contratos de concesión. Para ello resulta pertinente traer a colación una serie de sentencias y acuerdos. En el caso de Aragón, merecen destacarse, por su papel basilar en la construcción o asimilación de la doctrina vigente, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) consagra el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos. Este principio supone, como explica el Tribunal Supremo en su sentencia 1868/2018, de 20 de julio, que *«en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución»*. En sentido similar, la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre, declaró que *«“como señalan las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001, 4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9727), “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización»*.

Como se deduce de su jurisprudencia, a juicio del Tribunal Supremo, este principio de riesgo y ventura se traduce en que el contrato posee de forma intrínseca un elemento de aleatoriedad en cuanto a los resultados económicos, de modo que la frustración de las expectativas económicas que pudiera albergar el adjudicatario al formalizar el contrato no le dispensan de cumplir lo pactado y, corolario de ello, tampoco le habilitan para apartarse del vínculo contractual o reclamar su modificación contractual.

Si todos los contratos implican necesariamente la asunción del principio de riesgo y ventura en relación con su desarrollo, la transferencia del riesgo operacional no puede consistir en una mera traslación de riesgos al adjudicatario, porque no hay contrato sin riesgos, al menos desde un plano abstracto. A este respecto, cabe citar el artículo 254.1 de la LCSP que dice que *«las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso registrá*

el régimen general previsto para el contrato de obras». Como se puede comprobar, el precepto deja claro que el riesgo operacional es un plus, algo que se asume además del riesgo y ventura ordinario. Un riesgo que, como aclara el 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha de transferirse sino en su totalidad, al menos en una parte significativa, no siendo posible calificar un contrato de concesión en caso contrario.

No siendo siempre sencillo verbalizar con exactitud las características exactas de ese riesgo, al depender mucho de la casuística y tipología concreta de los contratos, como indica el Tribunal Supremo en su sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, se corresponde a *«acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar»*, es decir, un riesgo externo. Aunque el principio de riesgo y ventura comporta ya exponerse a riesgos externos, la transferencia del riesgo operacional conlleva un mayor grado en la exposición a estos, de manera que es en ellos y no en los riesgos internos de carácter organizativo donde encontramos más pistas cuando se trata de identificar los contratos de concesión.

El riesgo operacional abarca, como explica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de fecha 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, un riesgo en cuanto a la oferta, así como en relación a la demanda, tratándose en cualquier caso de un riesgo que escape al control de las partes y con relevancia suficiente de tal manera que no se garantice la cobertura íntegra de los costes soportados. Citando textualmente la sentencia, *«el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio»*.

A mayor abundamiento, el considerando 20 de la Directiva recoge el concepto dentro de los perfiles definidos por la jurisprudencia, cuando dice que *«un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el*

riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario».

En sentido práctico, aunque no es el único criterio que debe tenerse cuenta (véase, a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A y Dekom), el modo de remuneración es uno de los elementos para determinar si un contrato es de concesión o no, si el adjudicatario asume o no el riesgo de explotación del servicio o de la obra de la que se trate. A través de la remuneración se puede percibir con claridad si el adjudicatario está expuesto a las fluctuaciones del mercado asociados al riesgo de demanda o de oferta.

Relacionado con esta última idea, la sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 30 de mayo, explica que *«la distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, y el contrato de servicios, es la forma de establecer la contrapartida para el contratista, si éste asume o no el riesgo de explotación. En reiteradas resoluciones del T.A.C.R.C., así las número 204/2013, 80/2013; 176, 172 y 116/2011, se ha razonado: "Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario».* Esta misma sentencia analizando la naturaleza de un contrato sostiene que su carácter como contrato de servicios y no de concesión en base, fundamentalmente, al hecho de que el modelo de retribución sea por contraprestación al adjudicatario fija, percibida mediante abonos a buena cuenta.

Tomando de referencia todo lo expuesto, que el contrato objeto de consulta entraña para el adjudicatario la obligación inicial de afrontar unos costes elevados, representa indudablemente, un incremento de los riesgos asociados al contrato; sin embargo, este incremento no encaja con lo que se entiende por riesgo operacional. La asunción de estas obligaciones conlleva un mayor riesgo de que los ingresos puedan no resultar suficientes para amortizar la inversión, que sea necesario generar más ingresos, pero ese obstáculo

para el adjudicatario forma parte del riesgo y ventura. Si los costes de esta disposición y renovación de los contenedores son excesivos hasta el punto de que el servicio no resulta rentable para los adjudicatarios, el problema no radica en el riesgo operacional sino el equilibrio interno del contrato, entre cargas y beneficios, tal y como se ahondará más adelante al resolver la segunda cuestión.

Para que pudiera hablarse de riesgo operacional en relación al contrato de la Comarca de Jiloca sería necesario que o bien que la prestación proporcionada por el adjudicatario en fase de adjudicación pudiera no ajustarse a lo que luego demanden los usuarios del servicio, o que la demanda del servicio pudiera oscilar y no corresponder con lo previsto. En ninguno de los casos, estos riesgos son relevantes para el contrato objeto de análisis. De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en conexión con el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios constituyen un servicio obligatorio que ha de prestarse en los municipios. Por lo tanto, se trata de un servicio público donde no existen posibles competidores en el mercado y que necesariamente ha de prestarse. Un servicio además altamente regulado y en el que es complicado que se produzca un desajuste entre lo ofrecido por el adjudicatario y lo necesitado.

Igualmente, no se puede hablar de una demanda al uso. La demanda podría interpretarse como la mayor o menor generación de residuos, pero incluso en ese caso la cantidad de residuos tiene una influencia relativa sobre el servicio, en la medida en que incluso si hay pocos, buena parte del servicio debe ejecutarse igualmente (por ejemplo, aunque un contenedor este vacío, a los efectos de comprobarlo si hay algo que recoger o no, los operarios del adjudicatario han de desplazarse hasta la ubicación del contenedor y realizar una comprobación material). Una mayor cantidad de residuos podría obligar a alterar la dinámica del contrato, para hacerse cargo de los mismos, pero ese riesgo entra dentro del riesgo y ventura, salvo que se trate de un crecimiento explosivo por circunstancias más allá de toda previsión razonable, en cuyo caso de nuevo no estaríamos ante riesgo operacional, sino ante un posible supuesto de fuerza mayor u otra causa análoga que quiebre las reglas generales del riesgo y ventura. Corolario de ello, en un contrato de recogida de residuos no cabe hablar de riesgo operacional respecto al adjudicatario, sino de riesgo y ventura, como se refleja en el propio sistema de retribución planteado por el órgano de contratación de la Comarca.

En la jurisprudencia europea existen muchos pronunciamientos que califican la recogida de residuos como un contrato de servicios ordinario, descartando, directa o indirectamente, su posible articulación como contrato de concesión de servicios. A título ejemplificativo, mencionar las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de noviembre de 1998, C-360/96, sobre la recogida de basuras y limpieza de carreteras en

Rheden (Holanda); de 18 de julio de 2007, C-382/05, recogida de basuras en Sicilia; de 9 de junio de 2009, C-480/06, en Hamburgo; o la de 21 de enero 2010, asunto C-17/09, en Bonn.

Estas sentencias abonan la idea de que es complicado establecer como una concesión el servicio de recogida de residuos, dado que es un contrato relativamente estable (es un servicio público obligatorio y siempre va a haber residuos que recoger); no sujeto a las reglas de la oferta y la demanda (el comportamiento del adjudicatario no influye en que se generen más o menos residuos); el contenido de su oferta viene preconfigurado en sus elementos troncales por la regulación que define el servicio público; y el peligro de que los gastos de explotación no puedan cubrir los ingresos es el que está presente de forma habitual en todo contrato. Por más que los gastos de explotación iniciales puedan ser mayores de lo usual, ese dato es conocido de antemano al confeccionar las ofertas y no es algo que pueda emerger de forma sorpresiva ulteriormente durante la ejecución del contrato. Es más, desde la Comarca se manifiesta que se garantizara al adjudicatario un número determinado de servicios, porque esa base quede ya excluida de toda incertidumbre. En definitiva, no se asume la explotación del servicio en condiciones propias de un régimen concesional.

A mayor abundamiento, merece reseñarse que en la previamente citada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo se dice que *«si nos atenemos a la naturaleza de la prestación de servicios (limpieza varia; recogida y transporte de RSU; limpieza y mantenimiento de parques; restablecimiento seguridad vial, desratización; regulación semafórica; gestión de alumbrado público; mantenimiento del sistema de uso de bicicletas); observamos que por su naturaleza jurídica, difícilmente se puede asumir de ellos el servicio de explotación»*.

En lo que respecta a la segunda cuestión, relativa a la posibilidad de ampliar la duración del contrato respecto a los límites ordinarios del artículo 29.4 de la LCSP, como subraya el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su acuerdo 1/2021, de 12 de enero, es el órgano de contratación a quien corresponde *«realizar el cálculo para determinar la duración del contrato de manera que permita satisfacer las necesidades que justifican su celebración, pero que además, haga el contrato atractivo a los licitadores de modo que se logre la concurrencia y con un plazo de ejecución limitado que posibilite llevar a cabo una nueva licitación sin que los plazos excesivos de ejecución constituyan un límite de acceso para los potenciales licitadores»*. En ese sentido, explica el Tribunal que, de acuerdo con la LCSP, *«la duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. Exige, por tanto, el mantenimiento de un equilibrio entre esas circunstancias, ya que el establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque dentro de los límites legales, podría suponer un límite para la entrada para nuevos licitadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el periodo de vigencia del contrato, pero, por otra parte, los plazos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones*

necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conceder cierta ventaja a los licitadores que ya vienen prestando el servicio ya que no precisan llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación. Este equilibrio, que responde a los principios de la contratación pública, debe ser propiciado por el órgano de contratación».

Por su parte, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía en su informe 4/2020, de 26 de julio de 2021, señala que *«la duración efectiva ha de ser establecida, tal como impone el artículo 29 en su regla general, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, siempre que el órgano de contratación justifique debidamente la concurrencia de la situación excepcional prevista en el citado artículo 29.4 apartado segundo de la LCSP».*

Puede comprobarse que la determinación de la duración del contrato es una cuestión que queda bajo el juicio discrecional del órgano de contratación dentro de los parámetros que se perfilan el artículo 29 de la LCSP. A este respecto, el apartado 4 del precepto dice que *«excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario».*

Sintéticamente, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su resolución 85/2020, de 5 de marzo: *«así pues, para que sea posible en los servicios de prestación sucesiva como el que se examina establecer un plazo de duración del contrato superior a cinco años, es necesario que concurran de forma acumulativa las siguientes circunstancias: 1. Que lo exija el período de recuperación de las inversiones. 2. Que las inversiones estén directamente relacionadas con el objeto del contrato. 3. Que las inversiones no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica. 4. Que la amortización de las inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio. 5. Que todas las circunstancias anteriores se justifiquen en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación».*

En sentido similar, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su resolución 270/2021, de 29 de septiembre, explica que *«cinco*

años es el plazo de duración que el artículo 29.4 prevé para los contratos de servicios de prestación sucesiva y solo excepcionalmente permite que éste plazo de duración se pueda extender a un mayor número de anualidades, condicionándolo a la concurrencia de una serie de circunstancias y a su justificación en el expediente. Estas circunstancias son tres, que el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato así lo exija; que las inversiones realizadas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o que de poder ser aprovechadas su utilización fuera antieconómica. Además, exige que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, remitiendo para determinar que se ha de entender por coste relevante a desarrollo reglamentario. Impone además que en la justificación a incorporar en el expediente se indique que inversiones son las que exigen extender más allá de cinco años la duración del contrato y su periodo de recuperación. Esta justificación debe figurar en el expediente administrativo conformado en el procedimiento contractual iniciado».

Examinados estos requisitos en relación con el caso concreto, no hay duda de que las inversiones a realizar por el adjudicatario no pueden ser aprovechadas en el resto de su actividad, considerando que la Comarca de Jiloca manifiesta en su consulta que serían propiedad de la entidad comarcal. Del mismo modo, también resulta claro que las inversiones están ligadas a la ejecución del contrato, siendo un elemento preciso para la realización del mismo. Que sean un coste relevante de la prestación es algo que ya no cabe apreciar de forma tan directa. A pesar de que el artículo 29.4 de la LCSP anuncia un desarrollo reglamentario acerca del concepto «coste relevante», hasta la fecha este desarrollo no se ha producido. Con todo, a juzgar por las aseveraciones realizadas por la Comarca de Jiloca cabe inferir igualmente que la amortización de los contenedores constituye un coste elevado y por ende relevante a los efectos del artículo 29.4 de la LCSP.

En contraste con esta falta de concreción y desarrollo que adolece el concepto «coste relevante», el periodo de amortización cuenta con referencias legales específicas, a través de la remisión que hace el apartado 9 del artículo 29 de la LCSP a los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. A su vez, completa la regulación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Este artículo, por un lado, define el periodo de recuperación de las inversiones de los contratos como «*aquel en que previsiblemente puedan recuperar las inversiones realizadas por la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, si caso, y se permita a contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación*». También su apartado 2 fija la metodología matemática de su cálculo, debiendo seguirse esta cuando se trata de determinar el periodo de recuperación de la inversión. En el caso del contrato objeto de consulta, la Comarca de Jiloca debería aplicar esta serie de artículos con los datos que

disponga, no estando la Oficina de Contratación Pública en disposición de verificar el cálculo exacto.

Otros extremos del artículo 29.4 de la LCSP no pueden ser examinados por la Oficina de Contratación Pública, por corresponderles al órgano de contratación en función de las circunstancias concretas del contrato, especialmente las económicas. No puede la Oficina señalar una duración exacta como la apropiada, o afirmar que cinco años no bastan para amortizar la inversión. Son aspectos que el órgano de contratación ha de valorar de forma independiente y motivada en el expediente de contratación. Como se ha dicho, las inversiones son altas y representan aparentemente un coste relevante que además no puede aprovecharse por el adjudicatario en otras actividades. Para recuperar la inversión, el adjudicatario va a tener que generar más ingresos que los que tendría que obtener si no asumiera el gasto de proporcionar y mantener los contenedores. Ahora bien, que ese mayor gasto no pueda ser compensado con los ingresos del periodo ordinario de duración máximo que fija la LCSP para los contratos de servicios es algo que la Oficina de Contratación Pública no sabe ni puede saber. Lo más que puede afirmar la Oficina, como ya ha hecho, es que no cabe descartar de plano la aplicabilidad de la excepción del artículo 29.4 de la LCSP y que hay elementos que apuntan a su utilización. Los parámetros que permitirán marcar al órgano de contratación finalmente la duración del contrato son los que se han ido describiendo con anterioridad, tanto en la Ley como en los acuerdos y resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

CONCLUSIONES

Tras analizar los principales elementos del contrato, se concluye, que no existe una transferencia de riesgo operacional relevante que permita calificar el contrato como una concesión, debiendo ser considerado como un contrato de servicios. Asimismo, algunas de las características del contrato mencionadas en el texto de la consulta podrían amparar la ampliación de la duración del contrato, conforme a las reglas del artículo 29.4 de la LCSP. No obstante, la Oficina de Contratación Pública no puede sustituir el juicio discrecional del órgano de contratación, siendo tarea de este llevar a cabo la evaluación completa, con base a las circunstancias fácticas del contrato. Señalar eso sí, que, de sobrepasar el límite de los cinco años de duración previsto para los contratos de servicios, la decisión deberá motivarse en el expediente de contratación, al ser una desviación de la situación ordinaria de los contratos de servicios. Para fijar la duración exacta habrá de buscarse un equilibrio entre la viabilidad económica de la ejecución del servicio, y que este no permanezca cerrado al mercado y a la competencia durante demasiado tiempo. Esta opinión queda sometida a cualquier otra mejor fundada en Derecho.